Backgrounder

BP-200E

COMMERCIAL EXPRESSION: ADVERTISING AND THE CONSTITUTION

James Robertson

LAW AND GOVERNMENT DIVISION
April 1989

Library of Parliament
Bibliothèque du Parlement

Research Branch

90-01884/

The Research Branch of the Library of Parliament works exclusively for Parliament, conducting research and providing information for Committees and Members of the Senate and the House of Commons. This service is extended without partisan bias in such forms as Reports, Background Papers and Issue Reviews. Research Officers in the Branch are also available for personal consultations in their respective fields of expertise.

© Minister of Supply and Services Canada 1989

Cat No. YM32-2/200E
ISBN 0-660-13305-9

CE DOCUMENT EST AUSSI
PUBLIÉ EN FRANÇAIS

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

TABLE OF CONTENTS

	Page
INTRODUCTION.....	1
DEFINITION OF COMMERCIAL EXPRESSION.....	1
THE AMERICAN CONCEPT OF COMMERCIAL SPEECH.....	2
THE CANADIAN EXPERIENCE.....	5
NATURE OF COMMERCIAL SPEECH.....	8
CONCLUSION.....	11
SELECTED REFERENCES.....	12
SELECTED CASES.....	13

CANADA
LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

COMMERCIAL EXPRESSION: ADVERTISING AND THE CONSTITUTION

INTRODUCTION

Section 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees freedom of expression, including freedom of the press and other media of communication. The scope of the word "expression" is still in the process of being determined by the courts; recently, however, the Supreme Court of Canada, adopting the reasoning of a line of Canadian cases and recent developments in American jurisprudence, decided that it does include "commercial expression."

The implications of the Supreme Court's decisions in the Bill 101 and Irwin Toy Limited cases remain to be seen. The basic concept is now established, although future cases will develop and elaborate upon it; for example, recent federal legislation prohibiting the advertising and promotion of tobacco products is currently being challenged on the basis of infringing the right to freedom of commercial expression.

DEFINITION OF COMMERCIAL EXPRESSION

"Commercial expression" - or "commercial speech" as it is usually termed in the United States - is a relatively new concept. Many forms of expression are "commercial" in the sense that they are motivated by the desire to sell a product, whether it is a newspaper or a work of art; it can hardly be contended, however, that all such works constitute commercial speech, merely because they are produced for economic gain.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Commercial speech, unlike other forms of expression, generally proposes an economic transaction; its message is to promote an exchange of money in return for goods or services. Commercial expression is thus generally considered to involve advertising and promotional activities - in any of their myriad forms. This is not to say, however, that all advertising should be characterized as commercial expression: advocacy advertising, whether it be on the subject of free trade or drinking and driving, is generally not commercial speech since more than a mere commercial transaction is involved. Whether a particular case involves commercial speech or some other form of expression will often be self-evident, but it is not possible to delineate fully the limits of what constitutes commercial expression or to set out precisely the boundaries between it and other forms of speech.

THE AMERICAN CONCEPT OF COMMERCIAL SPEECH

It is useful to review briefly the American experience with the First Amendment protection of "commercial speech." Prior to the 1970s, the U.S. courts did not recognize commercial speech as having any claim to constitutional protection; indeed, the idea was rejected in the few cases that even addressed the issue.

In 1976, however, the U.S. Supreme Court repudiated the notion that commercial speech was unprotected by the First Amendment guarantee and in a series of cases over the next several years expanded and developed the concept of commercial speech. Although some critics feel that several of its recent judgments indicate a weakening of the Supreme Court's commitment to the freedom of this form of expression, the concept is now well established in American law. At the same time, the American cases have been careful to qualify their protection; commercial speech is protected, but to a lesser degree than are other forms of speech.

The test for commercial speech was articulated by the U.S. Supreme Court in 1980 in Central Hudson Gas and Electric Corp. v. Public Service Commission of New York as follows:

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> In commercial speech cases, then, a four-part analysis has developed. At the outset, we must determine whether the expression is protected by the First Amendment. For commercial speech to come within that provision, it at least must concern lawful activity and not be misleading. Next, we ask whether the asserted governmental interest is substantial. If both inquiries yield positive answers, we must determine whether the regulation directly advances the governmental interest asserted, and whether it is not more extensive than necessary to serve that interest.

While the application of this test has been criticized in specific cases, the approach is generally accepted. The U.S. courts have applied the commercial speech concept in a variety of situations, and to a range of activities. The first Supreme Court case was brought by consumers who challenged a state law prohibiting advertising of the prices of pharmaceutical products. Several other cases concerned the advertising of products such as abortion services and birth control devices, thereby raising a multitude of other constitutional issues. Many of the cases that reached the Supreme Court involved advertising by lawyers and other professional groups. The Court took the view that the traditional proscription of such activity could not be supported on constitutional grounds. A blanket prohibition on advertising by professionals was unwarranted and overly broad; professionalism could be maintained by other means, and certain advertising should be permitted, and would in fact be of assistance to the general public.

The earlier cases tended to focus on the informational function of commercial speech as informing the listener, whose interest, it was said, "may be as keen, if not keener by far, than his interest in the day's most urgent political debate." The rationale for a First Amendment protection of commercial speech was said to be this interest of the individual consumer, and society generally, in the free flow of commercial information so as to be able to make informed economic choices.

The American courts implied that the state could not suppress truthful and non-misleading advertising of lawful products on the grounds that the information to be conveyed would have a harmful effect.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Governments regulate advertising for a variety of reasons, such as to prevent false and misleading information, and it was accepted that this could and should continue. The difference would be in the level of judicial scrutiny to which such governmental regulation would be subjected: it would no longer be sufficient for a government to assert its right to regulate advertising like other commercial activities, without some justification. In other words, the level of permissible governmental regulation is subject to judicial scrutiny.

The emergence of the concept of commercial speech in the United States in the 1970s can be traced to various developments, including the consumer protection movement of the 1960s and 1970s and the entitlement to receive information about commercial products. It also reveals a suspicion of governmental control and paternalistic censorship of consumer information, as well as ideas of individual autonomy and free market economics.

Traditionally, free speech has been primarily concerned with the rights of the speaker. Speech, however, implies an audience. In commercial speech cases, the concern is not so much with the rights of the advertiser to convey a message, as with the rights of listeners to have access to information. In this respect, commercial speech differs in a quite fundamental way from other forms of expression, and provides support for the argument that commercial speech is entitled to a lesser amount of constitutional protection. It is also possible to argue, however, that advertising is important in maintaining the economic system on which the American political system is based, and, therefore, it does contribute indirectly to political free speech. Also, as noted above, advertising and commercial expression probably affect more people than do purely political speech or discussion.

The concept of commercial speech also developed in response to the pervasiveness of advertising in modern American society. The treatment of commercial speech is premised on particular views of the purpose and scope of advertising, which is seen by some as manipulative, and by others as an integral and useful part of the allocation of resources in a free market economy. On the one hand, advertising is said to create a

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

demand for a particular product; on the other, it is said merely to attempt to persuade consumers to choose from among competing brands. Moreover, there are different types and forms of advertising - television, radio, print, billboard, etc. - as well as different strategies - for instance, life-style advertising, comparative brand advertising, and so forth.

THE CANADIAN EXPERIENCE

Before the adoption of the Charter of Rights and Freedoms in 1982, Canada did not have an explicit constitutional guarantee of freedom of expression and cases involving such freedom tended to turn on the division of legislative powers and the "implied bill of rights." In any event, most of the freedom of speech cases with which the courts dealt before 1982 involved political speech rather than commercial expression.

With the introduction of the constitutionally-entrenched Charter of Rights and Freedoms and the American development of the commercial speech concept, Canadian courts have begun to develop their own approach to commercial expression. As noted above, the U.S. courts have decided that while commercial speech is protected under the Constitution, it is to be given a lesser level of protection. In Canada, however, section 1 of the Charter of Rights and Freedoms allows freedoms to be subject to "such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society." The U.S. Constitution lacks such a clause, although the courts have developed this kind of approach to constitutional interpretation.

Since 1982, various provincial courts have dealt with the arguments involving commercial expression. The issue has arisen in connection with advertising by lawyers and other professionals, television advertising directed at young people, and even the rights of prostitutes to communicate their willingness to ply their trade. Some courts rejected the notion that commercial expression was protected under the Charter, arguing that it contributes nothing to democratic government, and that to extend protection to it would be to trivialize the value of freedom of

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

expression. Other courts adopted the American approach and applied constitutional protection. Until the recent decision involving Quebec's Bill 101, the Supreme Court of Canada had not ruled on the existence of a right of commercial expression in Canada.

Although commercial signs and trade names were at issue, the Bill 101 case was more directly concerned with language rights and the permissible extent of governmental regulation of language. Nevertheless, in the course of its decision, the Supreme Court dealt with the issue of freedom of commercial expression and established clearly that it is protected by the Charter.

The Supreme Court of Canada concluded that the guarantee of freedom of expression in section 2(b) of the Charter of Rights and Freedoms does not exclude commercial expression: as the Court put it, the guarantee of freedom of expression in the Charter "cannot be confined to political expression, important as that form of expression is in a free and democratic society... [P]olitical expression is only one form of the great range of expression that is deserving of constitutional protection because it serves individual and societal values in a free and democratic society."

The Supreme Court of Canada went on to say:

> Over and above its intrinsic value as expression, commercial expression which, as has been pointed out, protects listeners as well as speakers, plays a significant role in enabling individuals to make informed economic choices, an important aspect of individual self-fulfillment and personal autonomy. The Court accordingly rejects the view that commercial expression serves no individual or societal value in a free and democratic society and for this reason is undeserving of any constitutional protection.

This is, however, only the first part of the analytical process: even though commercial expression is prima facie protected under the Charter, it is still possible to abridge that protection under section 1 of the Charter. This involves the same kind of analysis as set out in the Central Hudson Gas and Electric Corp. case: a governmental interest must be shown, it must be substantial, the measures chosen must advance that interest, and they must be no more extensive than necessary.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

In April 1989, the Supreme Court of Canada delivered its second decision on commercial speech. Irwin Toy Ltd. v. Quebec involved consumer protection legislation of the Province of Quebec which prohibited commercial advertising directed at persons under the age of 13. In a 3-2 decision, the Court held that the legislation, while infringing the right to freedom of expression in section 2(b) of the Charter, was justified under section 1. The majority noted: "Children are not as equipped as adults to evaluate the persuasive force of advertising, and advertisements directed at children would take advantage of this. ... The concern is for the protection of a group which is particularly vulnerable to the techniques of seduction and manipulation abundant in advertising."

In a strongly-worded dissent, McIntyre J. disagreed, arguing that no case had been made to justify a "total prohibition aimed at children below an arbitrarily fixed age." He argued that in any event freedom of expression is too important to be lightly cast aside or limited except where urgent and compelling reasons exist and then only to the extent and for the time necessary to protect the community.

The majority undertook a comprehensive analysis of the impugned legislation. It considered whether the objective sought by the ban on commercial advertising was pressing and substantial, whether the means chosen were proportional to the ends in the sense of being rationally connected to them, whether the ban impaired rights as minimally as possible, and whether it possessed any deleterious effects. After reviewing the materials submitted, the Court concluded that the prohibition was reasonably based, and constituted sufficient justification under section 1 of the Charter. The majority noted that advertisers remain free to direct their message to parents and other adults. The Court was careful not to second-guess the legislature; as it explained:

> ... [T]he evidence sustains the reasonableness of the legislature's conclusion that a ban on commercial advertising directed to children was the minimal impairment of free expression consistent with the pressing and substantial goal of protecting children against manipulation through such advertising. While evidence exists that other less intrusive options reflecting more modest objectives were available to the

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

government, there is evidence establishing the necessity of a ban to meet the objectives the government had reasonably set.

NATURE OF COMMERCIAL SPEECH

Traditionally, the principle of free speech focused on political speech and ideas. Particularly in a democracy, it is important that individuals have the right to speak freely and openly, even if their ideas do not correspond with those of society.

In the case of commercial speech, somewhat different considerations apply. As indicated above, one of the grounds on which commercial speech has been protected is the listener's interest in obtaining information. In theory, the more information one has, the more rational one's decisions will be. The listener's interest is also important in the case of political and artistic speech, but in those forms of expression, the interests of the speaker are predominant. A political system based on a supply and demand economy, where individual choices by consumers collectively affect the whole of society, has an interest in protecting the information available to its citizens. On this basis, the informational value of commercial speech is of central importance.

Notwithstanding this theory, much of the advertising that bombards the average North American gives minimal information. Usually the emphasis is on image or life-style; where information is involved, it often seems mundane and unimportant. It is fairly unusual to come across clear cases of advertising where consumer interest in obtaining information predominates, as for example, cases where professionals advertise their fees so that the consumer will be in a better position to select a service. Yet the extension of protection to the vast majority of advertising that is relatively uninformative may be the price that must be paid to ensure protection of more significant commercial expression.

Governments have long regulated advertising and other forms of commercial expression on the basis, among other things, that they have an interest in restricting false or misleading information. Even extending

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

constitutional protection to it does not mean that commercial speech will be totally unregulated. No fundamental right or freedom is completely untrammelled; there must always be limits to ensure that one person's rights do not interfere with another's.

Consequently, extensive regulation of advertising and other forms of commercial expression can be expected to continue, though it will now be subjected to judicial scrutiny. Governments will have to justify their regulatory actions and to explain why they chose particular measures. As the U.S. cases have indicated, the state must establish that a substantial governmental interest will be achieved by restrictions on commercial speech. Controls on the freedom of speech, including commercial speech, cannot be arbitrary or capricious, or motivated by irrelevant considerations.

A party seeking to restrict or prohibit commercial expression under section 1 of the Charter has the burden of justifying the restriction. This means that it will no longer be sufficient to impose a restriction on commercial speech without some explanation or reason. It will then be up to the courts to analyze this reason and the method of regulation chosen. The courts will remain respectful of the government's responsibility to govern. As the Supreme Court of Canada said in the Irwin Toy case, the courts will not second-guess the legislators and substitute their own decisions, so long as there is a sound evidentiary basis for the government's conclusions:

> If the legislature has made a reasonable assessment as to where the line is most properly drawn, especially if that assessment involves weighing conflicting scientific evidence and allocating scarce resources on this basis, it is not for the court to second-guess.

The American jurisprudence also requires that the regulatory technique must be proportional to the governmental interest concerned and carefully designed to achieve the state's goal. It must directly advance the state interest involved; a measure which was ineffective or offered only remote support for the government's purpose would not be sustained. In other words, a sledgehammer cannot be used to kill an ant.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

It is important to consider whether alternative, less restrictive measures would achieve the same result; that is, while we accept that restrictions on freedom of speech are sometimes required, they should be no more extensive than necessary. This aspect of the issue will most likely arise in cases where an outright ban or severe restrictions are imposed; in such cases, it might be possible to demonstrate that less drastic restrictions - for example, on the type, location or frequency of advertisements - could have achieved the government's goal.

There may, for instance, be grounds for treating television and radio differently from other media, on the basis that they are much more intrusive, cannot be ignored as easily, and are very persuasive, particularly with respect to young people; limiting or banning television and radio advertising, therefore, could be justified in cases where regulation of other media could not. Similarly, the Supreme Court of the United States refused to protect direct solicitation by lawyers of potential clients ("ambulance-chasing"), although in other decisions it endorsed greater freedom of advertising by professionals.

In addition to imposing conditions on commercial speech, government might require "counterspeech": cigarette advertisements, for example, have been required for many years to carry a health warning, and similar warnings have been proposed for advertisements of alcoholic beverages. Other forms of counterspeech could include a "contrary advertising" campaign - funded by the government or by the industry involved - designed to offset the message of the advertisements. From a theoretical point of view, counterspeech would be the ideal solution, as it both avoids restrictions on freedom of speech and ensures that the consumer has full information.

Court review of governmental regulation, including the particular measures chosen, raises the spectre of judicial interference in the legislative process. The concern is that the courts will second-guess the government and substitute their own judgments for those of elected officials and bureaucrats, notwithstanding their declarations to the contrary. Yet, at the same time, if the courts hesitate to criticize government, there is no check on actions of the state. The issue of the

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

fine line between judicial review and judicial law-making is by no means unique to commercial speech cases, although the very subjective analysis involved in such cases creates scope for specific problems.

One of the problematic areas of commercial expression is the treatment of advertising of such products as tobacco and alcohol. If smoking or drinking alcohol was declared illegal, there would be no issue of freedom to advertise it. It has been argued that if a legislature has the power to prohibit an activity altogether, then it must have the power to impose levels of regulation short of prohibition, on the basis that the greater power normally includes the lesser. Thus, since tobacco products or alcohol could be made illegal, the government should be able to limit or even ban their advertising. Against this position, however, is the fact that virtually all activities could theoretically be banned; and, therefore, almost all advertising could be banned, thus undermining the very existence of freedom of commercial expression.

In the case of prohibition of advertising or promotion of dangerous products, such as alcohol and tobacco, the arguments likely will revolve around the purpose and extent of the ban. The government will presumably claim that the legislation is necessary in order to reduce consumption in Canada. Even if the court is able to establish a causal relationship between advertising and consumption, however, it will also have to determine whether the government could have chosen less intrusive measures, such as the prohibition of life-style advertisements or a requirement for stronger health warnings.

CONCLUSIONS

Freedom of speech is an important concept to many Canadians. While most people can appreciate the importance of freedom of political, artistic or religious speech, it is more difficult to understand the importance of freedom of advertising and commercial speech. Nevertheless, the Supreme Court of Canada has ruled that commercial expression is not excluded from the protection of section 2(b) of the Charter of Rights

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

and Freedoms, although the extent of such protection remains to be fleshed out in subsequent cases.

The fact that commercial speech, while covered by the guarantee of freedom of expression in section 2(b), is still subject to the justification of section 1 also means that, as in the United States, different standards could be applied to commercial expression than to other forms of expression. In other words, Canadian courts could follow the American precedent of granting commercial expression less constitutional protection than political, artistic, religious, and other forms of expression. This difference in treatment is premised on the idea that commercial speech is somehow less important than other types of expression, that it is more resilient, that its truth can perhaps be more easily verified, and that regulation - at least to some extent - does not compromise the same values, or not in the same ways.

Obviously, any analysis of commercial speech involves a balancing of interests: the legitimacy of government regulations intended to protect consumers from harmful commercial speech must be balanced against the belief that a free market in ideas and information is necessary to an informed and autonomous consumer.

SELECTED REFERENCES

Braun, Stefan. "Should Commercial Speech be Accorded Prima Facie Constitutional Recognition under the Canadian Charter of Rights and Freedoms?" 18 Ottawa L. R., 1986, 37-53.

Coase, R.H. "Advertising and Free Speech." 6 The Journal of Legal Studies, 1977, 1-34.

Curtis, James M. "Advertising Regulated Products." 1985 Ann. Surv. Am. L., 1986, 621-638.

Doberman, Amy. "Advertising for Abortion Services and Contraceptives." 1985 Ann. Surv. Am. L., 1986, 655-69.

Farber, Daniel A. "Commercial Speech and First Amendment Theory." 74 Northwestern University Law Review 372, 1979.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

Jackson, Thomas H. and John Calvin Jeffries, Jr. "Commercial Speech: Economic Due Process and the First Amendment." 65 Virginia L. R. 1, 1979.

Kurland, Philip B. "Posadas de Puerto Rico v. Tourism Company: 'Twas Strange, 'Twas Passing Strange; 'Twas Pitiful, 'Twas Wondrous Pitiful." The Supreme Court Review 1 [1986].

Lee, William E. "The Supreme Court and the Right to Receive Expression." The Supreme Court Review 303, 1987.

Lively, Donald E. "The Supreme Court and Commercial Speech: New Words with an Old Message." 72 Minnesota Law Review 289, 1987.

Machina, Kenton F. "Freedom of Expression in Commerce." 3 Law and Philosophy 375, 1984.

Miller, Matthew L. "The First Amendment and Legislative Bans of Liquor and Cigarette Advertisements." 85 Columbia L. Rev. 632-655, 1985.

Sharpe, Robert J. "Commercial Expression and the Charter." 37 University of Toronto Law Journal, 1987, 229-259.

Tomkins, Eileen O. "Attorney Advertising." 1985 Ann. Surv. Am. L., 1986, 639-53.

Weinberg, Jonathan. "Constitutional Protection of Commercial Speech." 82 Columbia L. R. 720, 1982.

SELECTED CASES

Bates v. State Bar of Arizona, 433 U.S. 350 (1977).

Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York, 447 U.S. 557 (1980).

Ford v. Quebec (Attorney General), Devine v. Quebec (Attorney General), [1988] 2 S.C.R. 712 (Supreme Court of Canada).

Irwin Toy Ltd. v. Attorney-General of Quebec; Moreau, Intervenant; Attorney-General of Canada, Mis-en-cause, 27 April 1989, unreported (Supreme Court of Canada); reversing (1986), 32 D.L.R. (4th) 641 (Que. C.A.).

Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico, 106 S.C. 2968 (1986).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

R. v. Jahelka and Attorney General of Canada (intervenor); R. v. Stagnitta and Attorney General of Canada (intervenor) (1987), 79 A.R. 44, 54 Alta. L.R. (2d) 1 (Alta. C.A.).

R. v. Skinner (1987), 35 C.C.C. (3d) 203, 79 N.S.R. (2d) 8, 58 C.R. (3d) 137 (N.S. A.C.).

Re Grier and Alberta Optometric Association et al. (1987), 42 D.L.R. (4th) 327, [1987] 5 W.W.R. 539, 53 Alta. L.R. (2d) 289 (C.A.).

Re Klein and Law Society of Upper Canada; Re Dvorak and Law Society of Upper Canada (1985), 50 O.R. (2d) 118, 16 D.L.R. (4th) 489 (Ont. Div. Ct.).

Re Law Society of Manitoba and Savino (1983), 1 D.L.R. (4th) 285 (Man. C.A.).

Re Rocket et al. and Royal College of Dental Surgeons of Ontario et al. (1988), 64 O.R. (2d) 354 (Ont. C.A.).

Reference re Sections 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code, [1987] 6 W.W.R. 289 (Man. C.A.).

Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, 425 U.S. 748 (1976).

Étude générale

BP-200F

L'EXPRESSION COMMERCIALE
LA PUBLICITÉ ET LA CONSTITUTION

James Robertson

DIVISION DU DROIT ET DU GOUVERNEMENT
Avril 1989

Bibliothèque du Parlement
Library of Parliament

Service de recherche

Le Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement travaille exclusivement pour le Parlement, effectuant des recherches et fournissant des informations aux parlementaires et aux comités du Sénat et de la Chambre des communes. Entre autres services non partisans, il assure la rédaction de rapports, de documents de travail et de bulletins d'actualité. Les attachés de recherche peuvent en outre donner des consultations dans leurs domaines de compétence.

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1989

N° de cat. YM32-2/200F
ISBN 0-660-92705-5

THIS DOCUMENT IS ALSO PUBLISHED IN ENGLISH

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

TABLE DES MATIÈRES

Page

INTRODUCTION..... 1

DÉFINITION DE L'EXPRESSION COMMERCIALE..... 1

LE DISCOURS COMMERCIAL TEL QU'ON LE CONÇOIT AUX ÉTATS-UNIS..... 2

L'EXPÉRIENCE CANADIENNE..... 5

LA NATURE DU DISCOURS COMMERCIAL..... 8

CONCLUSION..... 12

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE..... 13

JURISPRUDENCE..... 14

CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

L'EXPRESSION COMMERCIALE: LA PUBLICITÉ ET LA CONSTITUTION

INTRODUCTION

L'alinéa 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés garantit la liberté d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication. Les tribunaux sont encore en train de définir la portée du mot "expression"; adoptant le raisonnement d'une série d'arrêts canadiens et de développements récents dans la jurisprudence américaine, la Cour suprême du Canada a toutefois statué récemment que qu'elle n'inclut pas "l'expression commerciale".

On ne connaît pas encore les répercussions des décisions de la Cour suprême dans l'affaire concernant la loi 101 et dans l'affaire Irwin Toys Ltd. Le concept de base est maintenant établi, et des arrêts à venir vont le préciser et en définir les détails; par exemple, la récente loi fédérale interdisant la publicité et la promotion des produits du tabac est actuellement contestée comme portant atteinte au droit à la liberté d'expression commerciale.

DÉFINITION DE L'EXPRESSION COMMERCIALE

"L'expression commerciale" - ou "le discours commercial", comme on l'appelle habituellement aux États-Unis - est un concept assez nouveau. Beaucoup de formes d'expression sont "commerciales", en ce sens qu'elles sont motivées par le désir de vendre un produit, qu'il s'agisse d'un journal ou d'une oeuvre d'art; cependant, on peut difficilement prétendre qu'elles constituent toutes un discours commercial du simple fait qu'elles sont produites pour réaliser un bénéfice.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

À la différence d'autres modes d'expression, le discours commercial propose en général une opération financière; il vise à favoriser l'échange d'argent contre des biens ou des services. Généralement, on considère donc que l'expression commerciale englobe la publicité et les activités promotionnelles, sous leurs formes innombrables. Cela ne veut pas dire, toutefois, que toute publicité constitue une expression commerciale: la publicité d'opinion, qu'elle porte sur le libre-échange ou l'alcool au volant, n'est généralement pas un discours commercial étant donné qu'on a affaire à plus qu'une simple opération commerciale. Souvent, il ira de soi qu'une affaire porte sur le discours commercial ou sur quelque autre mode d'expression, mais il est impossible de fixer complètement les limites de ce qui constitue l'expression commerciale ou de tracer précisément la ligne de démarcation entre celle-ci et d'autres formes de discours.

LE DISCOURS COMMERCIAL TEL QU'ON LE CONÇOIT AUX ÉTATS-UNIS

Il est utile d'examiner brièvement l'expérience aux États-Unis relativement à la protection dont le "discours commercial" bénéficie en vertu du premier amendement de la Constitution. Avant les années 70, les tribunaux américains ne reconnaissaient pas que le discours commercial pouvait être protégé par la Constitution; en fait, cette idée avait même été rejetée dans les quelques affaires où l'on avait abordé le problème.

En 1976, toutefois, la Cour suprême des États-Unis a rejeté l'idée que le discours commercial n'était pas protégé par le premier amendement et, dans une série d'arrêts au cours des années suivantes, elle a élargi et développé le concept du discours commercial. Bien que certains critiques estiment que plusieurs des jugements récents de la Cour suprême des États-Unis laissent présager un affaiblissement de son engagement à l'égard de la liberté de ce mode d'expression, le concept est maintenant bien ancré dans le droit américain. En même temps, les juges américains ont pris soin de nuancer la protection reconnue; le discours commercial est protégé, mais dans une mesure moindre que les autres modes d'expression.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

En 1980, dans l'arrêt Central Hudson Gas and Electric Corp. c. Public Service Commission of New York, la Cour suprême des États-Unis a énoncé dans les termes suivants le critère relatif au discours commercial:

> En matière de discours commercial, une analyse en quatre temps a été élaborée. Au départ, il faut déterminer si l'expression est protégée par le premier amendement. Pour que le discours commercial soit assujetti à cette disposition, il doit au moins se rapporter à une activité légale et ne pas être trompeur. Il faut ensuite se demander si l'intérêt allégué par le gouvernement est important. Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à chacune de ces questions, il faut déterminer si la réglementation en question sert à promouvoir directement l'intérêt gouvernemental allégué et si sa portée n'est pas plus étendue qu'il ne faut pour servir cet intérêt.

Bien que l'application de ce critère ait fait l'objet de critiques dans certains cas précis, l'approche est généralement admise. Les tribunaux américains ont appliqué le concept du discours commercial dans diverses situations ainsi qu'à une gamme d'activités. La première affaire qu'a dû juger la Cour suprême a été soulevée par des consommateurs qui contestaient la loi d'un État interdisant de faire de la publicité sur les prix des produits pharmaceutiques. Plusieurs autres affaires ont porté sur la publicité de produits comme des services d'avortement et des contraceptifs et ont donc soulevé une multitude d'autres problèmes constitutionnels. Un grand nombre des causes qui se sont rendues jusqu'à la Cour suprême avaient pour objet la publicité faite par des avocats et d'autres professionnels. La Cour a statué que l'interdiction traditionnelle d'une activité de ce genre ne pouvait s'appuyer sur aucun motif constitutionnel. Une interdiction générale pour les professionnels de faire de la publicité était injustifiée et trop large; le professionnalisme pouvait être assuré par d'autres moyens, et une certaine forme de publicité devait être autorisée et serait en fait utile au grand public.

Les premiers procès ont eu tendance à porter surtout sur la fonction informative que remplit le discours commercial pour l'auditeur, qui s'y intéresse, a-t-on dit, peut-être aussi vivement, sinon beaucoup plus, qu'aux questions politiques les plus pressantes. La protection accordée au discours commercial en vertu du premier amendement se

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

justifiait par l'intérêt du consommateur et de la société en général à l'égard de la libre circulation de l'information commerciale, indispensable pour la prise de décisions économiques éclairées.

Les tribunaux américains ont laissé entendre que l'État ne pourrait éliminer une publicité véridique et non trompeuse concernant des produits légaux en faisant valoir que les renseignements à communiquer auraient un effet nuisible. Les gouvernements réglementent la publicité pour diverses raisons, notamment pour empêcher l'information fausse et trompeuse, et l'on a accepté que cela puisse et doive continuer. La différence se situerait au niveau de l'examen judiciaire auquel serait assujettie la réglementation gouvernementale: il ne serait désormais plus suffisant pour un gouvernement de réglementer la publicité comme les autres activités commerciales, sans donner de justifications. Autrement dit, le niveau acceptable de réglementation gouvernementale est assujetti à l'examen judiciaire.

L'émergence du concept du discours commercial aux États-Unis dans les années 70 peut être attribuée à divers événements, y compris le mouvement de protection des consommateurs des années 60 et des années 70 ainsi que le droit d'obtenir des renseignements sur les produits commerciaux. Elle révèle en outre une pointe de contrôle gouvernemental et de censure paternaliste de l'information destinée aux consommateurs, ainsi que des idées d'autonomie individuelle et d'économie de libre entreprise.

Traditionnellement, la liberté de parole a porté avant tout sur les droits de celui qui parle. Le discours, toutefois, laisse supposer un auditoire. Dans les affaires portant sur le discours commercial, on ne s'intéresse pas tant au droit de l'annonceur de transmettre un message qu'à celui des destinataires d'accéder à l'information. À cet égard, le discours commercial diffère d'une manière assez fondamentale des autres formes d'expression, ce qui vient étayer l'argument selon lequel il a droit à une protection constitutionnelle moindre. Toutefois, on peut aussi soutenir que la publicité est importante pour le maintien du système économique sur lequel repose le système politique américain et, par conséquent, qu'elle contribue indirectement à la liberté d'expression politique. En outre, comme nous l'avons déjà dit, la publicité et l'expression commerciale

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

touchent probablement plus de gens que le discours ou la discussion de nature purement politique.

Le concept du discours commercial tire en outre son origine de l'omniprésence de la publicité dans la société américaine moderne. Le traitement du discours commercial repose sur des perceptions particulières de l'objectif et de la portée de la publicité, que certains considèrent comme une force manipulatrice et d'autres comme une composante intégrale et utile de la répartition des ressources dans une économie de marché libre. On dit, d'une part, que la publicité crée une demande pour un produit et, d'autre part, qu'elle tente simplement de persuader les consommateurs de choisir entre diverses marques concurrentes. Qui plus est, il existe différents types de publicité et de supports publicitaires, comme la télévision, la radio, la presse et les panneaux d'affichage, ainsi que différentes stratégies, dont la publicité sociétale et la publicité comparative.

L'EXPÉRIENCE CANADIENNE

Avant l'adoption de la Charte des droits et libertés en 1982, le Canada ne disposait pas de garantie constitutionnelle explicite en ce qui concerne la liberté d'expression, et les procès concernant cette liberté étaient le plus souvent fondés sur la répartition des pouvoirs législatifs et sur la "charte des droits implicite". De toute façon, la plupart des affaires relatives à la liberté d'expression que les tribunaux ont eu à juger avant 1982 portaient sur le discours politique plutôt que sur l'expression commerciale.

Avec l'enchâssement dans la Constitution de la Charte canadienne des droits et libertés et l'émergence du concept du discours commercial aux États-Unis, les tribunaux canadiens ont commencé récemment à formuler leur propre approche de l'expression commerciale. Comme on l'a déjà signalé, les tribunaux américains ont déterminé que même si le discours commercial bénéficie de la protection constitutionnelle, il doit être protégé dans une mesure moindre que les autres formes d'expression. Au

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

Canada, toutefois, l'article 1er de la Charte des droits et libertés dispose que les libertés peuvent être restreintes dans "des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique". Cet article n'existe pas dans la Constitution américaine, bien que les tribunaux en soient venus à adopter ce genre d'approche lorsqu'ils interprètent la Constitution.

Depuis 1982, divers tribunaux provinciaux ont étudié les arguments portant sur l'expression commerciale. Le problème s'est posé relativement à la publicité faite par des avocats et d'autres professionnels, à la publicité télévisée destinée aux jeunes et même au droit des prostituées de montrer leur empressement à exercer leur métier. Certains tribunaux ont rejeté l'idée que l'expression commerciale était protégée en vertu de la Charte, soutenant qu'elle n'apporte aucune contribution au gouvernement démocratique et qu'en la protégeant, on banaliserait la valeur de la liberté d'expression. D'autres tribunaux ont adopté l'approche américaine et ont appliqué la protection constitutionnelle. Jusqu'à la décision qu'elle a rendue récemment sur la loi 101 du Québec, la Cour suprême du Canada n'avait pas statué sur l'existence d'un droit à l'expression commerciale au Canada.

Même si ce sont l'affichage commercial et les raisons sociales qui étaient en cause, le jugement sur la loi 101 se rapportait plus directement aux droits linguistiques ainsi qu'à la portée acceptable de la réglementation gouvernementale régissant la langue. Néanmoins, dans sa décision, la Cour suprême s'est penchée sur le problème de la liberté d'expression commerciale et a établi clairement que celle-ci bénéficie de la protection de la Charte.

La Cour suprême du Canada en est venue à la conclusion que la garantie de la liberté d'expression prévue à l'alinéa 2b) de la Charte des droits et libertés n'exclut pas l'expression commerciale: comme l'a signalé le tribunal, la garantie de liberté d'expression dans la Charte "ne peut se limiter à l'expression politique, si importante soit-elle dans une société libre et démocratique. [...] L'expression politique n'est [...] qu'une forme d'expression dans la grande diversité de types d'expression qui méritent une protection constitutionnelle parce qu'ils servent à promouvoir certaines valeurs individuelles et collectives dans une société libre et démocratique".

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

La Cour suprême du Canada a poursuivi en ces termes:

> Au-delà de sa valeur intrinsèque en tant que mode d'expression, l'expression commerciale, qui [...] protège autant celui qui s'exprime que celui qui l'écoute, joue un rôle considérable en permettant aux individus de faire des choix économiques éclairés, ce qui représente un aspect important de l'épanouissement individuel et de l'autonomie personnelle. La Cour rejette donc l'opinion selon laquelle l'expression commerciale ne sert aucune valeur individuelle ou sociale dans une société libre et démocratique et, pour cette raison, ne mérite aucune protection constitutionnelle.

Il ne s'agit toutefois que de la première partie du processus analytique: même si l'expression commerciale est, à première vue, protégée aux termes de la Charte, on peut toujours limiter cette protection en invoquant l'article 1er de la Charte. Cela exige le même genre d'analyse que dans l'arrêt Central Hudson Gas and Electric Corp.: un intérêt gouvernemental doit être démontré, il doit être important, les mesures choisies doivent servir à promouvoir cet intérêt et elles ne doivent pas être plus étendues qu'il ne faut.

En avril 1989, la Cour suprême du Canada a rendu son deuxième jugement sur le discours commercial. L'affaire Irwin Toys Ltd. c. Québec mettait en cause la législation québécoise sur la protection des consommateurs, qui interdisait la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de 13 ans. Dans une décision à trois contre deux, la Cour a statué que la législation, bien que portant atteinte à la liberté d'expression garantie à l'alinéa 2b) de la Charte, était justifiée aux termes de son article 1er. La majorité a conclu ce qui suit:

> Les capacités des enfants ne sont pas aussi développées que celles des adultes pour évaluer la force persuasive de la publicité et les messages publicitaires destinés aux enfants tirent avantage de ce fait. [...] La préoccupation est de protéger un groupe qui est particulièrement vulnérable aux nombreuses techniques de séduction et de manipulation de la publicité.

En termes sentis, le juge McIntyre a exprimé sa dissidence, soutenant qu'on n'avait pas réussi à justifier "une interdiction totale de la publicité télévisée destinée aux enfants jusqu'à un certain âge fixé

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

arbitrairement". Il a fait valoir que la liberté d'expression était trop importante pour être écartée ou restreinte à la légère, sauf lorsqu'il existe des motifs urgents et impératifs de le faire, et seulement alors dans la mesure et pour le temps nécessaire à la protection de la collectivité.

La majorité s'est livrée à une analyse détaillée de la législation en cause. Elle s'est demandé si l'interdiction de la publicité commerciale répondait à un objectif urgent et réel, si les moyens choisis étaient proportionnels aux objectifs poursuivis, du fait de l'existence d'un lien rationnel entre eux, si l'interdiction représentait une atteinte minimale à la liberté d'expression et si elle avait des effets préjudiciables. Après avoir examiné les documents soumis, la Cour a conclu que l'interdiction était raisonnable et constituait une limite justifiable au sens de l'article 1er de la Charte. La majorité a souligné que les annonceurs demeurent libres d'adresser leurs messages aux parents ou aux autres adultes. La Cour a pris soin de ne pas substituer son évaluation à celle de la législature; comme elle l'a expliqué:

> la preuve montre le caractère raisonnable de la conclusion du législateur que l'interdiction de la publicité commerciale destinée aux enfants constituait l'atteinte minimale à la liberté d'expression qui répondait à l'objectif urgent et réel de protéger les enfants contre la manipulation qu'exerce la publicité. Bien que, selon la preuve, le gouvernement dispose d'autres options comportant une intrusion moindre qui répondent à des objectifs plus modestes, la preuve démontre aussi la nécessité d'interdire la publicité pour parvenir aux objectifs que le gouvernement s'est raisonnablement fixés.

LA NATURE DU DISCOURS COMMERCIAL

Traditionnellement, le principe de la liberté d'expression a été axé sur le discours et les idées politiques. Il est important, plus particulièrement dans une démocratie, que les individus aient le droit de s'exprimer librement et ouvertement même si leurs idées se démarquent de celles de la société.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

Des considérations quelque peu différentes interviennent dans le cas du discours commercial. Comme nous l'avons déjà dit, si le discours commercial a été protégé, c'est notamment en raison de l'intérêt de l'auditeur d'être renseigné. En théorie, plus il y a de renseignements, plus les décisions sont rationnelles. L'intérêt de l'auditeur est en outre important pour le discours politique et artistique, quoique, dans ces formes d'expression, les intérêts du locuteur le soient davantage. Un système politique basé sur une économie de l'offre et de la demande, où les choix individuels des consommateurs se répercutent sur toute la société, a intérêt à protéger l'information offerte à ses citoyens. Dans ces conditions, la valeur informationnelle du discours commercial revêt une importance primordiale.

Malgré cette théorie, une grande partie de la publicité dont est bombardé le Nord-Américain moyen le renseigne de façon dérisoire. D'ordinaire, on insiste sur l'image ou le style de vie; lorsqu'elle vise à informer, la publicité semble souvent banale et sans importance. Il est assez rare de tomber sur des exemples évidents de publicité où prédomine l'intérêt pour le consommateur d'obtenir des renseignements; c'est le cas, par exemple, lorsque des professionnels font de la publicité sur leurs honoraires pour que le consommateur puisse mieux choisir un service. Pourtant, la protection accordée à presque toute la publicité qui n'apprend pas grand-chose risque d'être le prix à payer pour protéger l'expression commerciale qui a plus à dire.

Les gouvernements réglementent depuis longtemps la publicité et les autres modes d'expression commerciale, notamment parce qu'ils ont intérêt à limiter l'information fausse ou trompeuse. Même si le discours commercial se voyait reconnaître la protection de la Constitution, il ne serait pas totalement libre pour autant. Aucun droit fondamental n'est libre de toute entrave; il faut toujours imposer des limites pour éviter que les droits d'une personne n'entravent ceux d'une autre.

On peut donc s'attendre au maintien d'une réglementation exhaustive de la publicité et des autres modes d'expression commerciale, bien qu'on l'assujettisse maintenant à un examen judiciaire. Les gouvernements devront justifier leurs mesures réglementaires et expliquer pourquoi

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

ils ont choisi telles mesures en particulier. Comme l'ont démontré les précédents américains, l'État doit établir que les restrictions apportées au discours commercial servent un intérêt important. Les limites imposées à la liberté d'expression, y compris le discours commercial, ne peuvent être arbitraires, futiles ou motivées par des considérations non pertinentes.

Une partie qui tente de limiter ou d'interdire l'expression commerciale en invoquant l'article 1er de la Charte doit justifier son intervention. Cela signifie qu'il ne suffira plus désormais au gouvernement de réglementer le discours commercial; il devra aussi donner une explication ou une raison. Il reviendra alors aux tribunaux d'analyser cette raison et le mode de réglementation retenu. Les tribunaux respecteront la responsabilité de gouverner qui incombe au gouvernement. Comme la Cour suprême du Canada l'a dit dans l'arrêt Irwin Toys Ltd., ils ne substitueront pas leur évaluation à celle du législateur et lui laisseront la décision, pourvu que les conclusions auxquelles il arrive soient fondées sur des preuves solides:

> Si le législateur a fait une évaluation raisonnable quant à la place appropriée de la ligne de démarcation, surtout quand cette évaluation exige l'appréciation de preuves scientifiques contradictoires et la répartition de ressources limitées, il n'appartient pas aux tribunaux de se prononcer après coup.

Les arrêts américains exigent également que le mode de réglementation soit proportionné à l'intérêt gouvernemental en cause et soigneusement conçu pour réaliser l'objectif de l'État. Il doit contribuer directement à l'intérêt en cause; une mesure qui se serait révélée inefficace ou n'aurait que peu contribué à l'objectif du gouvernement ne serait pas maintenue. Autrement dit, on ne doit pas écraser une fourmi avec un marteau-pilon.

Il importe de déterminer si d'autres mesures, moins restrictives, permettraient d'obtenir le même résultat; autrement dit, même si nous convenons que des limites s'imposent parfois à la liberté d'expression, il ne faudrait pas qu'elles soient plus importantes que nécessaire. Ce problème risque surtout de se poser lorsque l'on recourt à une

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

interdiction totale ou à des restrictions sévères; il pourrait alors être possible de démontrer que des restrictions moins sévères -- touchant par exemple le type, l'emplacement ou la fréquence des annonces -- auraient permis d'atteindre l'objectif gouvernemental.

C'est ainsi qu'on pourrait être fondé à traiter différemment des autres médias la télévision et la radio, du fait qu'elles sont beaucoup plus envahissantes, qu'il est plus difficile de ne pas y prêter attention et qu'elles sont très convaincantes, surtout auprès des jeunes; la restriction ou l'interdiction de la publicité pourrait être justifiée à la télévision et à la radio dans des cas où elle ne pourrait l'être dans d'autres médias. De même, la Cour suprême des États-Unis a refusé de protéger la sollicitation directe de clients éventuels par des avocats marrons, même si, dans d'autres décisions, elle avait approuvé une plus grande liberté pour les professionnels en ce qui concerne la publicité.

En plus d'imposer des conditions au discours commercial, il se pourrait que le gouvernement exige des mises en garde: les annonces de cigarettes, par exemple, doivent depuis de nombreuses années sensibiliser la population au danger que l'usage du tabac représente pour la santé, et des mises en garde semblables ont été proposées pour les annonces de boissons alcooliques. Les mises en garde pourraient aussi prendre la forme de campagnes de publicité contraire -- financées par le gouvernement ou par l'industrie en cause -- visant à contrebalancer le message des annonces. Théoriquement, les mises en garde seraient la solution idéale, du fait qu'elles évitent de limiter la liberté de parole et garantissent que le consommateur dispose de tous les renseignements voulus.

L'examen judiciaire de la réglementation gouvernementale, y compris les méthodes retenues, fait planer le spectre de l'ingérence judiciaire dans le processus législatif. On craint que, malgré leurs déclarations à l'effet contraire, les tribunaux ne se substituent au gouvernement et remplacent par leurs propres jugements ceux des représentants élus et des bureaucrates. Pourtant, en même temps, si les tribunaux hésitent à critiquer le gouvernement, aucune limite n'est imposée aux actions de l'État. Le problème de la fine ligne de démarcation entre l'examen judiciaire et l'élaboration des lois par les tribunaux ne se limite aucunement

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

aux affaires portant sur le discours commercial, même si l'analyse très subjective en cause dans ces affaires ouvre la voie à des problèmes particuliers.

L'un des domaines problématiques de l'expression commerciale est celui du traitement accordé à la publicité de produits comme le tabac et l'alcool. Si l'on déclarait illégal l'usage du tabac ou de l'alcool, il ne se poserait pas de question au sujet de la liberté d'en faire la publicité. D'aucuns prétendent que si une assemblée législative est habilitée à interdire une activité dans son ensemble, elle doit aussi pouvoir la réglementer sans l'interdire pour autant, car le plus grand pouvoir inclut normalement le moindre. Ainsi, puisque les produits du tabac ou l'alcool pourraient être déclarés illégaux, le gouvernement devrait pouvoir en limiter, voire en interdire la publicité. À cette position, toutefois, s'oppose le fait que presque toutes les activités pourraient en théorie être interdites; il pourrait donc en être ainsi pour presque toute la publicité, ce qui compromettrait l'existence même de la liberté d'expression commerciale.

Dans le cas de l'interdiction frappant la publicité ou la promotion de produits dangereux, comme l'alcool et le tabac, les arguments porteront vraisemblablement sur l'objectif et la portée de l'interdiction. Le gouvernement soutiendra probablement qu'une mesure législative s'impose pour diminuer la consommation au Canada. Cependant, même si les tribunaux parviennent à établir un lien de cause à effet entre la publicité et la consommation, ils devront également déterminer si le gouvernement aurait pu choisir des mesures moins radicales, par exemple interdire des annonces sociétales ou exiger des mises en garde plus sérieuses.

CONCLUSION

De nombreux Canadiens attachent de l'importance à la liberté d'expression. Bien que la plupart des gens reconnaissent l'importance de la liberté du discours politique, artistique ou religieux, il leur est plus difficile de comprendre celle de la liberté de faire de la publicité et du discours commercial. Malgré tout, la Cour suprême du Canada a statué que

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

l'expression commerciale bénéficie de la protection de l'alinéa 2b) de la Charte des droits et libertés, même si l'étendue de cette protection reste à préciser dans des arrêts ultérieurs.

Le fait que le discours commercial, bien qu'il soit protégé par la liberté d'expression aux termes de l'alinéa 2b), demeure assujetti à la justification de l'article 1er, signifie également qu'on pourrait, comme aux États-Unis, appliquer à l'expression commerciale des normes différentes de celles qu'on utilise pour d'autres modes d'expression. Autrement dit, les tribunaux canadiens pourraient suivre l'exemple des États-Unis en accordant à l'expression commerciale une protection constitutionnelle moins importante que celle reconnue à l'expression politique, artistique et religieuse et à d'autres modes d'expression. Ce traitement différent se fonde sur l'idée que le discours commercial est en quelque sorte moins important que les autres types d'expression, qu'il est plus résistant, qu'il est peut-être plus facile d'en vérifier la véracité et que la réglementation -- du moins dans une certaine mesure -- ne compromet pas les mêmes valeurs, ou pas de la même manière.

À l'évidence, toute analyse du discours commercial exige qu'on mette en balance des intérêts divergents, soit la légitimité des règlements gouvernementaux visant à protéger les consommateurs du discours commercial néfaste et la croyance voulant qu'une libre circulation des idées et de l'information s'impose si l'on veut que le consommateur soit renseigné et autonome.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

Braun, Stefan. "Should Commercial Speech be Accorded Prima Facie Constitutional Recognition under the Canadian Charter of Rights and Freedoms?" 18 Ottawa L.R., 1986, 37-53.

Coase, R.H. "Advertising and Free Speech". 6 The Journal of Legal Studies, 1977, 1-34.

Curtis, James M. "Advertising Regulated Products". 1985 Ann. Surv. Am. L., 1986, 621-638.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Doberman, Amy. "Advertising for Abortion Services and
1985 Ann. Surv. Am. L., 1986, 655-69.

Farber, Daniel A. "Commercial Speech and First Amendmen
Northwestern University Law Review 372, 1979.

Jackson, Thomas H. et John Calvin Jeffries, Jr. "Comm
Economic Due Process and the First Amendment". 65 Vi
1979.

Kurland, Philip B. "Posadas de Puerto Rico v. Tourism Co
Strange, 'Twas Passing Strange; 'Twas Pitiful,
Pitiful". The Supreme Court Review 2 [1986].

Lee, William E. "The Supreme Court and the Right to Receive
The Supreme Court Review 303, 1987.

Lively, Donald E. "The Supreme Court and Commercial Speech
with an Old Message". 72 Minnesota Law Review 289, 1987.

Machina, Kenton F. "Freedom of Expression in Commerce".
Philosophy 375, 1984.

Miller, Matthew L. "The First Amendment and Legislative Bans o
Cigarette Advertisements". 85 Columbia L. Rev. 632-655, 1

Sharpe, Robert J. "Commercial Expression and the Charter". 3
of Toronto Law Journal, 1987, 229-259.

Tomkins, Eileen O. "Attorney Advertising". 1985 Ann. Surv. Am
639-53.

Weinberg, Jonathan. "Constitutional Protection of Commercial S
Columbia L.R. 720, 1982.

JURISPRUDENCE

Bates c. State Bar of Arizona, 433 U.S. 350 (1977).

Central Hudson Gas & Electric Corp. c. Public Service Commissi
York, 477 U.S. 557 (1980).

Ford c. Québec (Procureur général), Devine c. Québec (Procureur
[1988] 2 R.C.S. 712.

Irwin Toys Ltd. c. Procureur général du Québec; Moreau, inte
Procureur général du Canada, mis-en-cause (27 avril 1989),
[non publié]; infirmant [1986], R.J.Q. 2441 (C.A. Qué.).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Posadas de Puerto Rico Associates c. Tourism Company of Puerto Rico, 106 S.C. 2968 (1986).

R. c. Jahelka and Attorney General of Canada (intervenor); R. c. Stagnitta and Attorney General of Canada (intervenor) (1987), 79 A.R. 44, 54 Alta. L.R. (2d) 1 (C.A. Alb.).

R. c. Skinner (1987), 35 C.C.C. (3d) 203, 79 N.S.R. (2d) 8, 58 C.R. (3d) 137 (C.A. N.-É.).

Re Grier and Alberta Optometric Association et al. (1987), 42 D.L.R. (4th) 327. [1987] 5 W.W.R. 539, 53 Alta. L.R. (2d) 289 (C.A. Alb.).

Re Klein and Law Society of Upper Canada; Re Dvorak and Law Society of Upper Canada (1985), 50 O.R. (2d) 118, 16 D.L.R. (4th) 489 (C. div. Ont.).

Re Law Society of Manitoba and Savino (1983), 1 D.L.R. (4th) 285 (C.A. Man.).

Re Rocket et al. and Royal College of Dental Surgeons of Ontario et al. (1988), 64 O.R. (2d) 354 (C.A. Ont.).

Reference re Sections 1983 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code, [1987] 6 W.W.R. 289 (C.A. Man.).

Virginia State Board of Pharmacy c. Virginia Citizens Consumer Council, 425 U.S. 748 (1976).